

**COMENTARIO A DERECHO PENAL. PARTE GENERAL**  
**de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA**  
**Y ALEJANDRO SLOKAR**  
**(Ediar, Buenos Aires, 2000)**

DIEGO FREEDMAN

Con esta obra Eugenio Raúl Zaffaroni, que cuenta con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, reemplaza su *Tratado de Derecho Penal* de la década del ochenta <sup>1</sup>. Advertimos una diferencia, no sólo en cuanto al contenido de la obra, sino en el formato, ya que renuncia a la tradición enciclopedista de realizar varios tomos, adoptando el de un tratado alemán. En un solo tomo contiene toda su estructura teórica e intenta orientar al lector en la inmensa cantidad de bibliografía referente al saber penal.

Debemos decir que pese a la revisión teórica realizada en esta nueva obra, su viejo *Tratado* continúa siendo una obra de consulta, ya que no hay cambios en todos los elementos de la estructura teórica. Aparte, debe destacarse que esta nueva obra tiene un alto grado de abstracción y pocos ejemplos concretos requiriendo así de ciertos conocimientos previos.

Según su prefacio, los destinatarios de la obra son los operadores de las agencias judiciales; lo cual se condice con la finalidad de su nueva construcción: el refuerzo del estado constitucional de derecho a través de la aplicación de un saber penal acotante del ejercicio del poder punitivo estatal.

Antes de comenzar con una reseña de la estructura y del contenido de la obra debemos destacar ciertos aspectos.

Es meritorio el uso de una gran cantidad y variedad de bibliografía, la misma es detallada en cada capítulo; pese a enumerar la bibliografía general al comienzo del libro. Esto permite que este nuevo tratado sea una piedra de inicio fundamental para cualquier investigación del ámbito penal, ya

<sup>1</sup> Esta obra completa la evolución del pensamiento de Eugenio Zaffaroni, que ya se avizoró en las obras *En busca de las penas perdidas* y *Criminología. Aproximación desde un margen*.



que no sólo puede utilizarse su contenido, sino que permitirá al investigador rastrear abundante bibliografía nacional y extranjera sobre el tema buscado.

Otro aspecto que debemos destacar es que no sólo refleja antiguos debates en la doctrina penal, sino que nos permite observar un claro panorama de los puntos controvertidos en la actualidad. Por lo tanto, cualquier estudioso, que desee conocer los debates en boga del derecho penal, deberá consultar esta obra.

Respecto a la estructura de la obra, se encuentra dividida en tres teorías, cada una tiene la finalidad de responder a una pregunta básica:

1) *Teoría del derecho penal*: Esta construcción tiene el objetivo de responder a “¿Qué es el derecho penal?”. El autor en este sentido desarrolla la definición del derecho penal, su horizonte de proyección, sus caracteres, su método, las fuentes de conocimiento y de producción, los límites y la interdisciplinariedad.

2) *Teoría del delito*: El interrogante que va a contestar es “¿Bajo qué presupuestos puede requerirse la habilitación de la pena?”. Su contenido es la explicación de la problemática en cada estrato de la teoría del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Luego, se analiza, específicamente, la problemática respecto del concurso de personas, las etapas del delito y la unidad y pluralidad de delitos.

3) *Teoría de la responsabilidad punitiva*: Permite dar una contestación a “¿Cómo debe responder la agencia judicial competente al requerimiento del habilitación de la pena?”. En esta teoría se tratan los obstáculos a la respuesta punitiva, las manifestaciones punitivas y la construcción de la respuesta punitiva.

Si nos detenemos en la primera teoría, a la cual dedica nueve capítulos, observamos que comienza delimitando el horizonte de proyección del saber penal. Este horizonte de proyección comprende a las leyes penales, que son las normas jurídicas habilitantes del ejercicio del poder punitivo estatal. Con lo cual, distingue, inicialmente, el “saber penal” de su objeto de estudio: “las normas jurídicas”.

En su construcción, el saber penal posee una intencionalidad manifiesta, que es la contención y reducción del poder punitivo a través de decisiones racionales de las agencias judiciales, logrando el progreso del estado constitucional de derecho y, a su vez, garantizando la seguridad jurídica.

Debe tenerse en cuenta que el punto de partida de Zaffaroni es la existencia de una tensión dialéctica constante entre dos estados que conviven en la realidad: el estado de derecho y el estado de policía. En el primero, todos los individuos son sometidos a la ley y rigen los principios



limitadores constitucionales e internacionales, en cambio en el estado de policía los habitantes se encuentran subordinados a los mandatos del poder. El estado de derecho, constantemente, intenta contener al poder punitivo ejercido por el estado de policía y serán las agencias judiciales, las que a través de sus decisiones racionales, tendrán la ardua tarea de reducir al estado de policía.

No podemos dejar de reseñar que el concepto de seguridad jurídica es reelaborado, no siendo sólo la mera previsibilidad de las decisiones judiciales, sino que depende de la vigencia efectiva de los bienes jurídicos de todos los habitantes. Precisamente, estos bienes se ven amenazados por el ejercicio irracional del poder punitivo por parte del sistema penal.

Por lo tanto, en su obra, el saber penal no se dedica a fundamentar el ejercicio del poder punitivo, sino que por el contrario, su finalidad sería contenerlo para lograr una mayor efectividad del estado de derecho. Esta posición es sustentada por la diferenciación que Zaffaroni realiza entre los conceptos de derecho penal y de sistema penal, ya que el segundo consistiría en el conjunto de agencias que se encargan de producir la criminalización.

Zaffaroni, a partir de conocimientos provistos por la criminología, justifica la intencionalidad del saber penal. Uno de los hechos que nos ha enseñado la criminología es la selectividad del ejercicio del poder punitivo, que termina recayendo siempre sobre ciertos estereotipos individuales. Por lo cual, el poder punitivo estatal sólo va a responder a las "obras toscas" cometidas por las personas de posición social desventajosa. Estos individuos cometen delitos groseros debido a su entrenamiento diferencial, el cual, es producto de su posición social. En conclusión, la posición social, y no la comisión de delitos, es lo que determina el estado de vulnerabilidad frente el poder punitivo estatal. Esta situación, evidentemente, deslegitima el ejercicio del poder punitivo.

También, agrega que los estratos sociales bajos sufren una selección victimizante y policizante que agrava la vigencia de sus derechos fundamentales.

Resulta interesante que estos datos tomados de la realidad, luego van a ser aplicados en las dos teorías siguientes para orientar con mayor racionalidad las decisiones de los jueces. Es decir, que se plantea un modelo de saber penal que incorpore los datos reales y que a partir de ellos construya nuevos límites al estado de policía. Esto es un gran cambio en el saber penal, marcando un hito, ya que se descarta un paradigma puramente teórico, aséptico, alejado de la operatividad del sistema penal; para adoptar un nuevo paradigma que acople la realidad.



Su finalidad acotante del poder punitivo exige un concepto amplio de pena, lo cual, permitirá a las agencias judiciales un mayor control del resto de las agencias que integran el sistema penal. La pena es considerada un concepto jurídico con referencia óntica y constituye una coerción que impone una privación de derechos o un dolor. No tiene una finalidad reparadora, ni restitutiva; ni tampoco detiene las lesiones en curso, ni neutraliza los peligros inminentes (no es coacción directa). Esta concepción responde a una *teoría negativa o agnóstica de la pena*, por la cual, no se le asigna ninguna función positiva y es definida por exclusión.

Esta amplitud del concepto de pena permitirá que el saber penal ejerza su función limitante no sólo sobre leyes penales manifiestas (Código Penal), sino que también sobre leyes penales latentes (tutelar, pedagógica) y eventuales (ejercicio de poder psiquiátrico). Las primeras son menos irracionales, por lo cual, no pueden ser acotadas completamente, en cambio en las otras el derecho penal debe oponer toda su resistencia.

En esta obra se niega la validez de los discursos legitimantes de la pena, incluso la tesis recientemente acuñada por Luigi Ferrajoli en *Derecho y Razón*.

En consecuencia, estamos ante un tratado de derecho penal que parte de una teoría agnóstica de la pena, negándole, en consecuencia, un fundamento racional.

Otro punto a destacar, dentro de la teoría del derecho penal, es su posición respecto del método. Sostiene que, primeramente, debe fijarse un objetivo político y, luego, establecerse el método. A partir de la determinación de este objetivo, los demás conceptos del sistema deberán tender a su realización, lo que implica que poseen una funcionalidad política. Esta necesidad de que los conceptos cumplan este objetivo, determinará y justificará la reelaboración de la estructura de la teoría del delito y de la teoría de la responsabilidad penal.

Debemos aclarar, que esta funcionalidad es un dato óntico, pero en el sistema que construye este autor se la hace expresa. En consecuencia, estamos ante un sistema teleológico, el cual es necesario en un estado constitucional de derecho, a diferencia de un estado legal de derecho que posee un sistema clasificadorio.

El método utilizado para su nueva construcción, al igual que en su viejo *Tratado*, es la dogmática jurídica, pero, como antes afirmamos, incluyendo datos del ser aportados por la criminología.

Zaffaroni opta por construir un sistema que acote *racionalmente* al ejercicio del poder punitivo oponiendo a la irracionalidad y selectividad del sistema penal, una contraselectividad racional. Eso se debe a que las agencias



judiciales no tienen poder suficiente para poder impedir totalmente el ejercicio del poder punitivo, lo que, implica que deben permitir este ejercicio cuando posee un menor nivel de irracionalidad.

Este sistema no es estático, sino que, debido a la dinámica de la tensión dialéctica entre los dos modelos de estado, deberá ser desarrollado progresivamente para contener cada vez más al ejercicio del poder punitivo realizando así los principios constitucionales e internacionales limitadores. De esta manera, el derecho penal sería un apéndice del derecho constitucional permitiendo su efectivización.

Por último, destacamos que su sistema respeta el mundo real, es decir, que rige una absoluta prohibición metodológica de incorporar datos falsos, especialmente, sobre el ejercicio del poder punitivo.

En referencia a los caracteres del derecho penal, es destacable que el autor ha considerado que no es ni fragmentario, ni discontinuo; como se señala tradicionalmente. Esta afirmación se basa en que el saber penal debe abarcar todo el ejercicio del poder punitivo y así lograr obtener la fragmentación de éste.

Es por demás interesante el capítulo dedicado a los principios limitadores, ya que introduce nuevos principios, pero a su vez, deja abierta la posibilidad de incluir otros. Además, estos principios son de realización progresiva, lo cual, dependerá de la efectiva reducción de violencia del sistema penal ejercida por el saber penal acotante. Eso lo manifiesta, luego, cuando no admite la regresividad en la vigencia de las garantías constitucionales reconocidas por la jurisprudencia constitucional.

Estos principios son clasificados con fines expositivos en:

1) Derivados del principio de legalidad:

a) *Legalidad formal*: este principio fundamenta la inconstitucionalidad de las leyes penales en blanco, excepto de las impropias.

b) *Máxima taxatividad legal e interpretativa*.

c) *Respeto histórico al ámbito legal de lo prohibido*: se tiene en cuenta el contexto cultural o tecnológico para imponer límites a las conductas criminalizadas en la ley.

d) *Irretroactividad de la ley penal*.

2) Principios que excluyen las violaciones a los derechos humanos:

a) *Lesividad*.

b) *Proporcionalidad mínima de la pena con la magnitud de la lesión*.

c) *Trascendencia mínima*.

d) *Humanidad*: justifica la prohibición de las penas crueles.



- e) *Prohibición de la doble punición.*
- f) *Interpretación de buena fe.*
- g) *Pro homine.*

3) Principios emergentes del estado de derecho:

a) *Limitación material:*

I) Se proscribe la burda inidoneidad del poder punitivo. Es aplicable cuando se pretende resolver problemas a través de la prohibición y ésta se muestra groseramente inidónea, como ocurrió con la “*ley seca*”.

II) Se prohíbe la grosera inidoneidad de la criminalización. Esto implica que se impide aplicar el modelo punitivo cuando se puede responder con un modelo de solución del conflicto.

III) Se limita la respuesta contingente lo máximo posible. Es decir, se trata de limitar la influencia de las agencias publicitarias del sistema penal o el impacto emocional de un hecho notorio o el clientelismo de las agencias políticas al criminalizar conductas.

b) *Superioridad ética del estado:* Se considera que hay una pérdida de nivel ético cuando existe una expansión del estado policía debilitando así la función de pacificación social del estado de derecho y su aspiración de eticidad.

c) *Saneamiento genealógico:* Justifica el rastreo de la genealogía de los tipos penales para depurarlos de sus elementos que tienden a la vigencia de un estado de policía

d) *Culpabilidad.*

Debemos señalar la importancia capital de este capítulo en la construcción de Zaffaroni, ya que estos principios, deducidos de nuestro orden jurídico, permitirán aplicar los límites al ejercicio del poder punitivo en la teoría del delito y en la teoría de la responsabilidad punitiva.

El capítulo siguiente es dedicado a la interdisciplinariedad con saberes secantes jurídicos y no jurídicos, y tangentes jurídicos. Considera que es necesario que el científico, construya interdisciplinariamente un sistema de comprensión, lo cual, no afecta al horizonte de proyección de cada saber. Esta interdisciplinariedad no implica un aislamiento normativizante, ni un reduccionismo; sino un diálogo constructivo entre saberes. Como veremos luego, Zaffaroni plantea un método para el progreso del conocimiento: el diálogo.

Los saberes secantes se superponen con el saber penal. Son clasificados como no jurídicos:



1) La política criminal.

2) La criminología.

En cambio, son jurídicos:

1) El derecho procesal.

2) El derecho de ejecución penal.

3) El derecho contravencional.

4) El derecho penal militar.

5) El derecho penal de niños y adolescentes.

Respecto a la interdisciplinariedad con el derecho procesal penal, es interesante, el análisis realizado sobre la competencia federal para el dictado de una ley nacional que proporcione un grado mínimo de garantías procesales en todo el país.

Los saberes tangentes se rozan con el saber penal. Son clasificados como jurídicos:

1) El derecho constitucional, del cual, el derecho penal es una apéndice.

2) El derecho internacional público.

3) El derecho internacional de los derechos humanos.

4) El derecho internacional humanitario.

5) El derecho internacional privado.

6) El derecho administrativo.

7) El derecho privado.

Cuando analiza el derecho internacional público, resulta relevante señalar que admite la imposibilidad ética de acotar el delito de genocidio. Considera que en estos casos, la pena es irracional, pero no éticamente reprochable. Lo cual, parece sugerir que el derecho penal para ser aplicado necesita tener argumentos éticos que legitimen su función reductora del poder punitivo. Esta carencia de argumentos éticos se da ante hechos con un gran contenido de injusto y un grado muy alto de culpabilidad de los autores.

En el sexto capítulo, el autor se encarga de analizar los programas de criminalización primaria a lo largo de la historia.

Este análisis histórico comienza con la confiscación del conflicto en el siglo XIII. Hace un desarrollo a escala mundial para centrarse, finalmente, en la evolución de la legislación penal en nuestro país.

A continuación, Zaffaroni dedica tres capítulos a estudiar el nivel del contenido pensante en el derecho penal, que constituyen la sección denominada “El pensar y el no pensar en el derecho penal”. El autor considera que el contenido pensante disminuye cuando se desprecia a la filosofía, a su



interrogante acerca del ser (la pregunta ontológica) y se carece de un fundamento antropológico. Esta forma de mostrar la evolución del saber penal, en relación con su contenido pensante, resulta fascinante; además de permitir distinguir la influencia de las diferentes situaciones políticas.

Comienza esta sección distinguiendo entre dos paradigmas para la búsqueda del conocimiento: *la disputatio* y *la inquisitio*. En el primero, la verdad era obtenida por medio de la lucha entre partes y el triunfo de una de ellas probaba que Dios estaba de su lado.

La *Inquisitio* reemplazó a este paradigma. Se basa en la interrogación del ser humano a las cosas, pero previamente hay una decisión de poder selectiva que la transforma en un objeto. Hay que hacer la aclaración que cuando el ser humano pasó a ser objeto de conocimiento fue cosificado.

Entre el investigador y la cosa se va a dar una relación sujeto-objeto, en la cual, el sujeto limita sus preguntas a lo que le sirve para dominarla. En consecuencia, estamos en presencia de un valor de verdad instrumental.

Es notoria la influencia, en este pasaje de la obra, del pensamiento de Foucault en lo referente a la relación existente entre saber y poder.

Por otra parte, deja planteada la existencia de un tercer paradigma para acceder al conocimiento, que él denomina como *el dialogus*. En este paradigma, el humano pregunta lo necesario para lograr la inteligibilidad comunicativa conjunta con la cosa.

La evolución del contenido pensante del saber penal comienza a ser expuesta a partir de los *glosadores*, pero a continuación desarrolla la aparición del *Malleus Maleficarum* (Martillo de las brujas) en 1487, escrito por dos inquisidores. Esta obra tenía un alto nivel de racionalización integrando de manera coherente el derecho penal y el procesal penal con la criminología y la criminalística. Pero, a su vez, tenía un bajo nivel de contenido pensante, ya que se formula un discurso de discriminación biológica hacia las mujeres. Esta construcción permitía una defensa social ilimitada.

Justamente, el nacimiento del derecho penal liberal tuvo como finalidad ponerle límites a esta defensa social. Por consiguiente, Zaffaroni continúa exponiendo luego las contribuciones de los teóricos del derecho penal liberal que permitieron un mayor nivel de contenido pensante.

La crítica que realiza el autor a estos teóricos fue la contradicción en que incurrieron al limitar el poder punitivo estatal, pero a su vez legitimarlo. Esto marca una diferencia con la construcción teórica de Zaffaroni cuyo único fin es acotar el ejercicio del poder punitivo.

Lamentablemente en el siglo XIX, ocurrió una decadencia del pensamiento, eso se debe a que la burguesía prefirió un bajo nivel de contenido pensante para tener menores límites en el ejercicio del poder punitivo y así



lograr disciplinar a la mayor parte de la población. Surge un derecho penal policial vigilantista, en el que el delincuente era considerado un ser inferior.

Esta decadencia se manifiesta por el etnocentrismo del idealismo romántico europeo, en donde, se considera superior a la cultura europea legitimando así el dominio mundial (Neocolonialismo) y el control social vertical. Se opaca la noción de bien jurídico, transformándose el estado en un garante de la eticidad y considerando al delito como una lesión a esa eticidad. Zaffaroni, no deja de lado los discursos contestarios de estas ideas, proporcionadas por Nietzsche, Krause y Marx.

A continuación, expone el pragmatismo (Bentham) y el positivismo criminológico, en donde, según su opinión, el pensamiento penal llegó a su límite más bajo. En esta última corriente, el delincuente es considerado un sujeto peligroso, por lo cual, el estado debe defenderse de él imponiéndole una medida de seguridad de acuerdo a su peligrosidad.

En el último capítulo dedicado al pensamiento penal, describe la existencia de estados de policía antimodernos durante el siglo XX, en donde se derivó el deber ser del ser y de estados de policía revolucionarios, que trataban de acelerar la dinámica del ser a lo que debe ser.

También describe la existencia de estados de derechos amenazados por corrientes que parten de ficciones. Son destacables dos corrientes: el neokantismo y el funcionalismo sistémico. En el primero, se identifica al ser con lo que debe ser, negándose los defectos de los estados de derecho reales. En el funcionalismo sistémico se legitima el ejercicio del poder punitivo, ya que permite el equilibrio del sistema, partiéndose de la premisa de que lo que es, es como debe ser.

Seguidamente, expone las críticas optimistas y pesimistas desde la filosofía y la criminología. Lo trascendente es que Zaffaroni manifiesta adoptar la perspectiva conflictivista de la sociedad. Esta posición deslegitima, en gran parte, el ejercicio del poder punitivo, lo cual, es coherente con un derecho penal con una función reductora. También debemos destacar el fundamento antropológico adoptado, según el cual, el derecho penal debe ser personalista, reconociendo en la persona su capacidad de determinarse conforme a sentido y su condición, o sea, que está dotada de conciencia moral. Por lo cual, según su posición el derecho penal debe expresar que lo que es no debe ser y operar a través de las agencias judiciales para que deje de serlo lo antes posible.

Los siguientes 17 capítulos son dedicados a la teoría del delito.

El capítulo 10 es dedicado a la estructura de la teoría del delito. Expresa la función reductora que va a cumplir su construcción a través de la verificación de la existencia de ciertos presupuestos requeridos para que la



agencia judicial habilite el ejercicio del poder punitivo. Es decir, se habilitará este ejercicio de poder sólo si estamos ante la presencia de una acción típica, antijurídica y culpable.

Zaffaroni justifica la necesidad de construir un sistema para que la selección que realicen las agencias judiciales al acotar el poder punitivo sea ejercida de manera racional.

En su construcción, la creación de conceptos jurídicos respeta los datos ónticos y cumple una funcionalidad, que también es un dato óntico, orientada a una finalidad (teleología reductora).

Lo interesante es que en su sistema suma conocimientos obtenidos de construcciones teóricas previas, a saber: del neokantismo adopta el entrenamiento para la construcción sistemática, del finalismo el respeto por los datos ónticos y del funcionalismo su expresa asunción de que los conceptos jurídico-penales son políticamente funcionales.

A continuación, expondremos algunos de los cambios fundamentales en cada estrato de la teoría del delito.

Respecto de la acción, abandona la anterior postura de su anterior *Tra-tado*, adoptando ahora un concepto jurídico-penal de acción, pero que respeta la acción real, o sea, acata los límites ónticos. Este concepto es pretípico.

Para la construcción del concepto y cumplir con la función reductora, abarca la finalidad y considera que ese sentido debe exteriorizarse en el mundo; pero sin incluir el resultado pretípicamente.

Introduce una limitación importante al poder punitivo al afirmar que existe una incapacidad de acción de las personas jurídicas.

Cuando desarrolla el concepto tipicidad, observamos que define al tipo como la fórmula usada por la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones son amenazadas con pena. Como vemos, utiliza el concepto de pragma conflictivo, el cual, existe cuando una acción reconfigura el mundo de cierta manera conflictiva. Este concepto refuerza la necesidad de que la acción sea trascendente, al incluir la acción y su obra en el mundo.

La interpretación debe ser valorativa y tener como fin la de reducir el ámbito de lo prohibido. Esto permite cumplir con el principio de legalidad estricta. En caso de que la interpretación no neutralice la violación a este principio, el tipo legal debe ser declarado inconstitucional.

Continúa con el tipo objetivo doloso, en el cual, distingue dos funciones:

1) Función sistemática: provee los componentes objetivos del análisis aislado del tipo. Se debe verificar:

a) La existencia de la mutación física operada en el mundo por efecto de la acción.



b) El nexo de causación entre la mutación y la acción.

c) Los elementos particulares que exige cada tipo.

En cuanto al nexo de causación, aplica el principio de la equivalencia de las condiciones admitiendo una corrección: cuando hay aportes causales que conjuntamente provocan el resultado, pero en forma aislada son insuficientes.

2) Función conglobante: Se verifica la conflictividad del pragma. Esto implica que será necesario comprobar:

a) La lesividad.

b) La imputabilidad por dominabilidad.

Se observa una diferencia con su anterior *Tratado* en que la tipicidad conglobante actuaba como un correctivo de la tipicidad legal y permitía que exista tipicidad penal. En esta nueva construcción, para que haya tipicidad objetiva deben cumplirse ambas funciones.

El nombre de esta función deriva en la necesidad de reconsiderar el alcance de la norma a partir de la conglobación del orden normativo respetando, de este modo, el principio de no contradicción.

Se excluye la lesividad al comprobar que:

1) El pragma no afecta al bien jurídico o lo hace con una magnitud insignificante.

2) La conducta realizada por el agente cumple con un deber jurídico.

3) La conducta del agente encuadra con una de las acciones fomentadas por el Derecho.

4) Existe consentimiento por parte del sujeto pasivo.

5) El resultado se encuentra dentro del marco de realización de un riesgo no prohibido.

Hay que destacar que el concepto de bien jurídico es utilizado para limitar el poder punitivo y no para justificar su ejercicio. Es definido como una relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto. El uso del concepto de sujeto en vez de persona, implica que admite que el sujeto pueda ser no-humano (animales) o prepersonas.

También es necesario distinguir el acuerdo del consentimiento. El primero elimina la tipicidad objetiva sistemática, en cambio, es el segundo el que excluye la conglobante. Ambos conceptos están incluidos en el género de la aquiescencia.

Una vez comprobado que el pragma es conflictivo podemos decir que la conducta es antinormativa y que hay un indicio de afectación de un bien jurídico. Esta afectación se comprueba cuando el agente no actúa ejerciendo un derecho, o sea, bajo una causa de justificación.



En cuanto a la imputación como pertenencia al agente se excluye cuando:

1) No hay dominabilidad del hecho por el autor.

2) El aporte del partícipe es banal.

La dominabilidad del autor es el presupuesto objetivo del dominio del hecho, es apreciada tomando como punto de vista el de un observador.

Existe dominabilidad cuando:

1) Hay posibilidad objetiva de dominar el hecho.

2) El agente reúne las condiciones de conocimiento o entrenamiento especiales para poder asumir el dominio del hecho.

3) Los medios utilizados no son notoriamente inadecuados para la obtención de los fines.

La exigencia de un aporte no banal al partícipe constituye un límite objetivo a la complicidad. Para verificar si el partícipe realiza un aporte no banal deberán apreciarse las circunstancias objetivas y concretas.

En su nueva construcción, el dolo constituye el núcleo reductor subjetivo de la tipicidad y el conocimiento debe recaer sobre los elementos del tipo sistemático objetivo y sobre los imputativos del tipo conglobante. Por lo tanto, el error sobre los aspectos de la tipicidad conglobante, que determinan la antinormatividad de la conducta, es un error de prohibición. Resulta destacable que en su construcción no todo error que recae sobre los elementos del tipo objetivo constituye un error de tipo.

Respecto a la esencialidad del error, Zaffaroni plantea que para apreciar la disparidad entre el plan y el resultado debe tenerse en cuenta el plan concreto del hecho, excepto la fase que tenga como objeto lograr la impunidad.

La función reductora del dolo se hace evidente cuando sostiene que ante la falsa suposición de atenuantes corresponde aplicar el tipo privilegiado, en cambio, ante la falsa suposición de agravantes se aplica el tipo básico.

A continuación, desarrolla la estructura de los tipos culposos y omisivos.

Es novedosa la introducción del concepto de culpa temeraria. Según Zaffaroni, la gravedad de la culpa depende de su temeridad, es decir, de la existencia de dominabilidad para el observador.

Otro punto a destacar es que no considera necesaria la existencia de un tipo subjetivo en la culpa inconsciente, ni en la consciente no temeraria. Sí, en cambio, es necesario el tipo subjetivo en la culpa consciente temeraria para diferenciarla del dolo eventual.

También debemos señalar que el parámetro para fijar cuando hubo una infracción al deber de cuidado es la capacidad individual de previsión.



En cuanto al desarrollo de la tipicidad omisiva, debemos destacar que plantea la inconstitucionalidad de los tipos omisivos impropios no escritos, ya que afectan el principio de estricta legalidad.

En cuanto al tipo objetivo conglobante en la estructura omisiva, Zaffaroni considera que deberá verificarse en esta etapa que la conducta ordenada haya tenido la posibilidad cierta de interferir la causalidad.

Al desarrollar la antijuridicidad, afirma que las causas de justificación constituyen un ejercicio de derechos, por lo cual, los preceptos permisivos son la regla y los imperativos son la excepción.

Un punto a reseñar es la no exigencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. El autor asevera que no es necesario que el agente, cuya acción encuadra en un tipo permisivo, conozca las circunstancias que permiten el ejercicio de ese derecho.

Respecto a las causas de justificación en particular, podemos destacar que considera que la legítima defensa es un ejercicio de coacción directa. Por lo cual, es una intervención en la persona o en los bienes frente a un peligro inminente o ante una actividad lesiva en curso.

Exige el carácter de subsidiaridad, pero construye este concepto vinculándolo con la selectividad en la victimización. Esto le permite afirmar que el agente no debe disponer de la posibilidad concreta, cierta y efectiva de acudir al servicio estatal y de que éste lo proteja de un modo no inferior a lo que él mismo lo haría. Es decir, que el servicio de seguridad debe ser accesible y eficaz, eso no ocurre si el agresor es el propio estado. Por consiguiente, cuando el estado es el que agrede, la legítima defensa es siempre subsidiaria.

En cuanto a la racionalidad que es exigida, el autor plantea que no debe existir una notable desproporción entre el mal evitado y el causado.

En el concepto de culpabilidad, observamos una gran innovación fruto de la incorporación de datos aportados por la criminología. Zaffaroni considera que en el juicio de culpabilidad, no sólo debe tenerse en cuenta el ámbito de autodeterminación del agente, sino que también debe hacerse un juicio de reproche sobre su esfuerzo personal para alcanzar la situación de vulnerabilidad, posibilitando que sea seleccionado por el sistema penal. Aparte, debe descontarse de este juicio, el mero estado de vulnerabilidad, el cual no es reprochable al agente.

Esto permite que el derecho penal actúe con una contraselectividad racional, limitando el ejercicio del poder punitivo más irracional, que opera cuando se ejerce sobre sujetos en estado de vulnerabilidad y que no han realizado ningún esfuerzo personal para llegar a ese estado.

En cuanto al ámbito de autodeterminación, considera que debe establecerse en cada autor y en las circunstancias concretas. Para medirlo deben



valorarse características personales, algunas como la habitualidad y la reincidencia, estrecharían este ámbito teniendo como consecuencia que sea menos reprochable la conducta.

En el capítulo dedicado a la inexigibilidad de comprensión de la anti-juridicidad por incapacidad psíquica afirma que el concepto de imputabilidad debe respetar el límite ontico de la patología y de las alteraciones no patológicas de la comprensión y del comportamiento. Pero, a su vez, debe depurar los elementos represivos y controladores del discurso de las ciencias de la conducta.

Otro punto destacable en este capítulo es que reconoce que la emoción violenta es una causa de atenuación de la culpabilidad aplicable a todos los delitos.

Luego se dedica a desarrollar la inexigibilidad de comprensión de la criminalidad proveniente de errores exculpantes.

Los errores exculpantes son:

1) El error de prohibición, que se subclasifica en:

a) Error directo de prohibición por el desconocimiento mismo de la prohibición.

b) Error directo de prohibición sobre el alcance de la prohibición. Este error recae sobre uno de los elementos de la tipicidad conglobante que hacen sólo a la antinormatividad.

c) Error directo de comprensión.

d) Error indirecto de prohibición por falsa suposición de existencia legal de una causa de justificación.

e) Error indirecto de prohibición sobre la situación de justificación.

2) Errores exculpantes especiales:

a) Error sobre la situación objetiva de necesidad exculpante.

b) Error sobre causas que excluyen la punibilidad.

Este último debe recaer sobre una causa personal absolutoria, y no cancelatoria, ya que debe operar coetáneamente a la realización de la conducta.

El último de los capítulos dedicado a la culpabilidad analiza la inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación.

El punto a destacar es el desarrollo que realiza de la necesidad exculpante putativa invertida, es decir, cuando la situación reductora del ámbito de autodeterminación es ignorada por el agente. En una magistral demostración llega a la conclusión que cuando este error es vencible, el reproche es más irracional transformándose en un mero reproche de la necesidad, siendo, por lo tanto, un error exculpante.



En cuanto a la concurrencia de personas, continúa sosteniendo que el dominio del hecho permite delimitar conceptualmente a la autoría de la participación en sentido restringido. El presupuesto objetivo del dominio del hecho es la dominabilidad.

Debemos reseñar que aún mantiene una de sus grandes creaciones doctrinarias: el autor de determinación como tipo independiente.

Respecto a la participación, Zaffaroni fundamenta su punición en que es un delito doloso consistente en un aporte al injusto doloso ajeno. Sobre la base de este fundamento, no considera típica la participación ineficaz.

En relación a la complicidad secundaria es necesario como presupuesto objetivo el conocimiento y la aceptación de la cooperación por parte del autor.

El siguiente capítulo es dedicado a las etapas del delito. Zaffaroni considera que la tentativa de delito es un delito incompleto, o sea, que en general su tipo, en el aspecto objetivo y en el subjetivo, está incompleto.

En cuanto al fundamento de la punición de la tentativa, adhiere a la teoría objetiva. Lo cual, implica que justifica la punición por el peligro que corre el bien jurídico por la acción delictiva tentada. Esta postura le va a permitir sostener la atipicidad de la tentativa inidónea, lo cual, es coherente con el principio de lesividad.

Además, afirma que sólo los delitos de lesión admiten tentativa.

Respecto al aspecto subjetivo, sostiene que el dolo de consumación se encuentra incompleto o no desarrollado. Las excepciones serían algunas tentativas acabadas.

En lo referente al aspecto objetivo, asevera que el comienzo de ejecución debe determinarse con la teoría objetiva aplicando el correctivo del plan concreto del autor, es decir, que debe haber una actividad que comience un curso de acción peligroso para la lesión de un bien jurídico según el plan concreto del autor.

Se distingue la tentativa inidónea del delito imposible, afirmando que una interpretación que las identifique haría inconstitucional el artículo 44 del CP por contrariar al artículo 19 de la CN.

Según su construcción, *no hay tentativa* (tentativa aparente) en los casos que:

- 1) Falta algún elemento del tipo legal.
- 2) Falta el medio.
- 3) *Ex ante*, el medio elegido carece en absoluto de idoneidad para consumar el hecho.

En cambio, hay *delito imposible* cuando *ex ante* el medio era idóneo y hubo peligro, pero *ex post*:



- 1) El medio fue usado inadecuadamente.
- 2) El medio tenía un grave defecto.
- 3) Hubo un accidente del objeto.
- 4) Hubo una previa neutralización del peligro que implica la imposibilidad absoluta de consumación.

En cuanto al desistimiento, lo considera como una negación de la tipicidad precedente en el desarrollo dialéctico del *iter criminis*. Este desistimiento implica una cancelación del peligro de lesión.

El último capítulo de la teoría del delito es dedicado a la unidad y pluralidad de delitos. Para determinar cuándo existe unidad de conducta adhiere a la posición sostenida por Welzel, que se basaba en un factor final y en un factor jurídico. Es decir, que existe un límite óntico en su construcción.

En cuanto al concurso aparente o unidad de ley, considera que se resuelven por tres principios fundamentales:

- 1) Especialidad.
- 2) Consunción.
- 3) Subsidiaridad.

Los últimos cuatro capítulos de su obra están dedicados a la teoría de la responsabilidad punitiva.

Es muy interesante la inversión que realiza del planteo de responsabilidad, ya que considera que la agencia judicial debe hacerse responsable por la criminalización del agente. Por lo tanto, es la agencia judicial la que responde habilitando el ejercicio del poder punitivo y, a su vez, es responsable de esta habilitación.

Comienza desarrollando los obstáculos penales a la respuesta punitiva, a saber:

- 1) Obstáculos penales excluyentes de punibilidad que operan desde el mismo momento del hecho.
- 2) Obstáculos penales que cancelan la punibilidad que son sobrevinientes al hecho. Se menciona a la prescripción de la pena, el indulto y el perdón del ofendido.
- 3) Obstáculos procesales. Podemos citar como ejemplos a la muerte del imputado, la renuncia del agraviado, al pago de la multa y la prescripción de la acción.

El siguiente capítulo es dedicado a las manifestaciones formales del poder punitivo, o sea, las penas impuestas por leyes penales manifiestas.

Zaffaroni considera que deben aplicarse los principios constitucionales para determinar si la manifestación del poder punitivo es cualitativamente constitucional. Esto va a tener tres consecuencias:



- 1) Hay penas que deben ser prohibidas.
- 2) Hay penas que debido a su forma de ejecución son inconstitucionales
- 3) Se establecen límites y forma de ejecución de las penas legales para no violar la prohibición de la imposición de penas crueles, inhumanas o degradantes.

Los principios aplicables son:

- a) Legalidad que implica una determinabilidad en la ley penal.
- b) Mínima irracionalidad que determina la proporcionalidad entre la pena y la magnitud del injusto y de la culpabilidad. Esto tiene como consecuencia el carácter meramente indicativo del mínimo legal, lo cual significa que la agencia judicial puede fijar una pena inferior al mínimo legal.
- c) Humanidad de la pena que impide la lesión de la persona cuando están disminuidas notoriamente las perspectivas de vida o estas perspectivas son breves por la edad avanzada.

Otro punto destacable es que considera inconstitucional la pena perpetua en sentido estricto y las condiciones estigmatizantes que se extienden indefinidamente, ya que se oponen al carácter personalista de nuestro derecho.

Las medidas de seguridad establecidas por el art. 34 inc. 1 del CP son consideradas también inconstitucionales, al oponerse fundamentalmente a la dignidad de la persona, al *nullum crimen sine conducta*, *nullum crimen sine culpa* y al principio de igualdad.

En cuanto a la pena de reclusión la considera contraria a la Constitución Nacional por ser una pena infamante e incluso sostiene que fue derogada por la legislación penitenciaria.

Otra de las penas contrarias a nuestra Carta Magna es la pena de relegación o reclusión accesoria por tiempo indeterminado. El fundamento es la inconstitucionalidad de la reincidencia y su falta de proporcionalidad con la magnitud del injusto y de la culpabilidad.

También expone claramente la dinámica histórica de la privación de la libertad como pena. Es interesante su prognosis acerca de su reducción o el comienzo de su desaparición en la primera mitad del siglo XXI, para ser reemplazada por otros mecanismos más sofisticados de vigilancia social.

Otra idea suya que merece ser destacada es una reelaboración de los objetivos del trato penitenciario. El trato penitenciario tendría la finalidad de evitar que los prisionizados vuelvan a ser materia prima de las instituciones carcelarias, con lo cual, se les ofrecen los conocimientos necesarios para que en su accionar no realicen las obras toscas, que suele perseguir selectivamente el sistema penal. Esta reelaboración se basa en la asunción



del efecto deteriorante de la prisión y en la necesidad de ofrecer un tratamiento de la vulnerabilidad.

En cuanto a las salidas transitorias, el régimen de libertad, la libertad condicional y la condena condicional son consideradas como derechos del participante del delito y no como potestades discrecionales de la agencia judicial.

En el siguiente capítulo comienza a desarrollar la individualización y cuantificación de la pena. Zaffaroni sostiene que la agencia judicial no sólo debe determinar la pena, sino que debe ejercer un control sobre el arbitrio punitivo de las agencias legislativas y sobre la ejecución de la pena por parte de las agencias administrativas.

En esta tarea de determinación, debe tenerse en cuenta que el mínimo de la escala penal es inconstitucional en los siguientes casos:

1) *Poena naturalis*.

2) Cuando se ha ejecutado sobre la persona una pena ilícita contrariando al principio de la prohibición de la doble punición.

3) Cuando hay emoción violenta, ya que la considera causante de una menor culpabilidad del agente. Esto implica que este atenuante es aplicable a todos los delitos.

4) Si la aplicación de la pena afecta gravemente a la familia y a otras personas violando el principio de intrascendencia de la pena.

5) Si hubo una sanción por parte de una comunidad indígena, lo cual, contraría el principio de prohibición de la doble punición.

6) Si existe disparidad con los mínimos de otros delitos.

Otro punto que merece ser reseñado es que la pena que corresponde al delito tentado es establecida entre la mitad y los dos tercios de la que hubiese sido fijada para el delito consumado, pero en ningún caso puede exceder la mitad del máximo del delito consumado. Fundamenta esta interpretación del artículo 44 del CP en una interpretación histórica del texto que respeta el contenido semántico.

En cuanto a la pena de los concursos reales se aplica el sistema de aspersion (artículo 55 del CP), pero con dos límites alternativos. El primero es el del máximo de la especie de pena y el segundo límite es que la pena no puede superar el máximo mayor aumentado en un tercio. Fundamenta este segundo límite en una interpretación histórica.

El último capítulo del libro es dedicado a la construcción de la respuesta punitiva. Según Zaffaroni el poder punitivo debe tener proporcionalidad con la culpabilidad normativa. Esta culpabilidad es un proceso valorativo dialéctico que sintetiza la reprochabilidad por el acto y el cálculo del esfuerzo realizado por el agente para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.



El fundamento dogmático de la culpabilidad por la vulnerabilidad se encuentra en una interpretación constitucional del concepto de peligrosidad del artículo 41. La peligrosidad es entendida como peligrosidad de su injusto en referencia al hecho pasado valorado *ex ante*, en el cual, el agente se esforzó por ser vulnerable poniendo en peligro al estado de derecho. Este esfuerzo no se le reprocha al sujeto, pero el poder de contención de las agencias judiciales es limitado y debe ejercerse en los que casos en que el esfuerzo personal para llegar a un estado de vulnerabilidad fue menor o no existió.

También entiende que este concepto se refiere a la peligrosidad del poder punitivo para el agente, es decir, que denota el estado de vulnerabilidad del agente. Este estado de vulnerabilidad no puede serle imputado al agente.

Con relación a la reincidencia, Zaffaroni la considera inconstitucional por violar el *non bis in idem*. Afirma que el individuo que es nuevamente criminalizado demuestra el efecto deteriorante de la intervención punitiva, lo que implica una menor culpabilidad por vulnerabilidad del agente al ser mayor su estado de vulnerabilidad. Este efecto deteriorante también acota el ámbito de autodeterminación del sujeto determinando una menor culpabilidad de acto.

Esperamos haber esbozado brevemente las principales innovaciones de la nueva construcción teórica de Zaffaroni.

Finalmente, queremos agregar que esta nueva obra constituye un gran aporte al saber penal y abre el debate de las funciones y contenidos del derecho penal del siglo XXI.